

A. I. N ° - 298942.0606/13-0
AUTUADO - PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 25/04/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0083-03/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Comprovado nos autos que o contribuinte não faz jus ao crédito fiscal. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. Ajuste realizado na informação fiscal reduz o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Contribuinte não traz elementos aos autos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. **b)** DESENCONTRO ENTRE VALOR ESCRITURADO E O RECOLHIDO. Infração não contestada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. É devido o ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2013 exige ICMS no valor histórico de R\$106.573,40, acrescido da multa de 60%, devido às seguintes infrações:

01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a abril, junho a novembro de 2011, janeiro, março a dezembro de 2012, no valor de R\$9.964,86;

02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012 no valor de R\$12.841,91;

03 – recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 no valor de R\$37.183,33;

04 – recolheu a menos ICMS em razão de desencontro entre valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de março, junho a dezembro de 2011, no valor de R\$38.050,14;

05 – deixou de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2011, março, setembro e novembro de 2012, no valor de R\$5.205,86;

06 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA nos meses de janeiro de 2011, julho, agosto e outubro de 2012 no valor de R\$3.327,30.

Em sua defesa fls. 258/274, o autuado informa que o auto de infração não pode prevalecer, uma vez que está pautado em pressupostos jurídicos inaceitáveis, em completa afronta aos princípios elementares do direito e em postergação da própria lei tributária editada pelo estado da Bahia.

Afirma que o autuante promoveu uma série de acusações fiscais indevidas, imputando-lhe infrações que, em verdade, jamais existiram. Diz que ao refazer os levantamentos elaborados pelo autuante, identificou a existência de equívocos cometidos pelo preposto fiscal, como demonstrará na refutação itemizada das infrações.

Quanto à **infração 01**, afirma que uma parte desta autuação ocorreu em face de ter a empresa se utilizado de crédito fiscal nas transferências entre matriz e filial e que, segundo o entendimento equivocado do preposto fiscal, não poderiam ser utilizados. Sustenta que em todas as notas fiscais de transferência foi utilizado o crédito na matriz, porquanto houve o débito na saída da filial, e cujo imposto foi devidamente pago como demonstrado no livro de saídas e de apuração do ICMS consoante comprovam as cópias que anexa. Observa que caso se entendesse inexistir o direito ao crédito nestes casos, estariam a violentar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Conclui que considerando ter sido pago o imposto na saída da filial, teria a autuada o direito ao crédito do ICMS destacado nas aludidas notas fiscais, por este motivo, seria improcedente a autuação.

Sobre a **outra parte desta infração**, diz que foi procedida em razão de a empresa ter se apropriado do crédito fiscal relativo às entradas de filé de bacalhau *saith*. Afirma ser mais um equívoco do autuante, pois em 2011 o produto *filé de bacalhau saith* estava sujeito à tributação, como comprovam as notas de saídas que anexa ao processo. Por conseguinte, diz que também neste caso, é improcedente a autuação.

No tocante à **infração 02**, no **exercício de 2011**, afirma que o autuante pretende cobrar a utilização de crédito fiscal sobre as aquisições de repelentes. Diz que repelente não é mercadoria substituída, já que foi adquirida no estado da Bahia com destaque de crédito de ICMS e redução atacadista. Assim, diz ser indevida a autuação no tocante a este ponto.

Em outra parte desta infração, também considera corretos os créditos utilizados em relação à nota fiscal nº 1131 de junho de 2011, sobre os produtos Whisky e Vodka. Afirma que os produtos constantes da NFe 1131 foram devolvidos no ato da entrada, tendo sido emitida a competente NF de saída (58421) em devolução. Assim, entende que a empresa tem direito ao crédito, posto que se debitou de igual valor na emissão da nota de saída do produto.

Quanto ao **exercício de 2012**, sustenta que de acordo com a planilha que elabora em sua defesa, fls.261/267, demonstra que o auditor autuou indevidamente em relação a algumas entradas, conforme justificativa que dá, item por item, na aludida planilha. Considera indevida a autuação com relação aos itens assinalados na citada planilha.

A respeito da **infração 03**, produtos que saíram na ECF e em NF's sem tributação ou com tributação com alíquota inferior à 17%, que segundo o entendimento do preposto fiscal deveriam ser tributadas, elenca os motivos pelos quais discorda da autuação.

Sustenta que o autuante entendeu que a tributação do leite longa vida deveria ser tributado a 17% quando adquirido fora do estado da Bahia. Diz que este produto tem uma alíquota diferenciada quando adquirida dentro do Estado. Menciona ter oferecido à tributação o valor da alíquota reduzida do imposto, para compatibilizar as saídas de um mesmo produto, já que não poderá

haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência da mercadoria, consoante os termos da carta Magna da República, conforme o art.152 da mesma que produz.

Salienta que certamente o autuante deverá rejeitar a dedução desses argumentos da defesa, por entender que não cabe ao Fisco perquirir acerca de justiça ou da injustiça da tributação e de que não cabe aos órgãos julgadores declarar a constitucionalidade de lei, merecendo reparos essa possível postura. Sobre a matéria reproduz doutrina e jurisprudência.

Frisa que pretende o autuante, tributar as saídas de produtos que estavam sob o regime de substituição tributária, sendo, portanto absurda a pretensão contida na autuação. Diz que, é o que acontece com a amêndoaa torrada e salgada, que se acha na ST consoante art. 289, item 38 do RICMS/2012. Observa também, que ainda de forma equivocada se pretendeu tributar os itens *sal ing marinho*, que também está ao abrigo de isenção tributária, por redução integral da base de cálculo. Argumenta que se a norma não contém qualquer especificação do produto é curial que qualquer tipo de sal esteja inexoravelmente isento. Assevera que a lei não restringe, nem excepciona outros tipos de sal. E como não há especificações neste dispositivo legal é de entender-se que estão ao abrigo da redução da base de cálculo todas as espécies de sal. Transcreve o inciso XXX, art. 87 do RICMS/BA. Cita ainda, as mercadorias *Alcatra suína temperada e pato congelado*, que assevera também estariam incluídos na substituição tributária, nos termos do item 9, art.353 do citado diploma legal. Diz que igual sorte merecem os produtos massa para pastel e massa para pizza que em sua análise também é ST (Produtos preparados a base de farinha de trigo especificados no subitem 11.4, do inciso II do art. 353, excetuada a 1ª operação com mercadorias produzidas neste Estado – consoante o RICMS/97-BA., e Regulamento do ICMS /2012, art. 289.

Observa que a farinha de trigo está sob o regime de substituição tributária. Assim, diz que o produto já ingressa com o imposto pago antecipadamente e elimina a tributação nas operações futuras de todas as mercadorias fabricadas com este produto.

Diz que a lógica do autuante é equivocada por ferir, frontalmente, preceito legal que assegura a não tributação, em operações futuras, de produtos que sofreram antecipação tributária. Discorre sobre o instituto jurídico da substituição tributária, concluindo que pelas classificações apresentadas, é possível enquadrar os produtos derivados de farinha de trigo, como sendo decorrente do regime de substituição tributária progressiva plena e com liberação consoante o RICMS do Estado da Bahia.

Sobre a matéria, registra que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já se pronunciou acerca da não incidência tributária de produtos derivados de farinha de trigo justamente em face de ter sofrido antecipação tributária, conforme parecer Nº 06549/2009 *data: 24/04/2009* da DITRI que reproduz. Conclui que neste parecer, a DITRI reafirma o entendimento da não tributação dos produtos derivados de farinha de trigo o que torna a autuação, neste ponto, manifestamente improcedente.

No tocante à **infração nº 05**, informa que a planilha que elabora em sua defesa, demonstra que o auditor autuou indevidamente em relação a algumas entradas, conforme justificativa que dá, item por item, na aludida planilha. Diz que as notas fiscais nº 1312929, 2760481, 2762500, 2763527, consignam material de informática, produto com redução de base de cálculo, portanto não passível de recolhimento de diferença de alíquotas e que as notas fiscais 472 e 474 não são de responsabilidade da empresa. Aduz que a nota fiscal 9002 de novembro de 2012, se refere a produtos enquadrados no regime de substituição tributária, portanto inexiste a incidência do ICMS DIFAL. Por conseguinte, indevida a autuação com relação aos itens assinalados.

Ressalta que o valor reconhecido pelo contribuinte nesta defesa (R\$ 63.669,66) deverá ser objeto de pagamento ou de pedido de parcelamento, porém irresigna-se com o restante da autuação, pelo que pretende ver reformada a imposição fiscal no tocante aos itens não reconhecidos.

Assevera que em virtude dos equívocos cometidos pelo autuante, na elaboração de seus

levantamentos, torna-se indispensável a realização, tanto de diligência por fiscais estranhos ao feito, quanto de perícia para a constatação da veracidade do alegado pela defendant, ficando requerida como imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa, a realização tanto de diligência quanto de perícia, nos termos admitidos pelo RPAF/99, a fim de se deixar patenteada a falibilidade completa dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Requer seja julgado o auto parcialmente improcedente em face das argumentações apresentadas.

O autuante presta a informação fiscal fls.503/505. Diz que o contribuinte utiliza o seu direito de defesa para questionar parte do Auto de Infração. Resume os argumentos defensivos.

Sobre a **infração 01**, relativamente ao argumento de que parte da infração refere-se a transferências entre matriz e filial e por ter esta, tributado a mercadoria, apropriou-se do crédito fiscal uma vez que houve o pagamento do débito pela filial, verificou que as transferências citadas referem-se apenas ao filé de bacalhau *saith in natura* congelado. Afirma que a mercadoria, de acordo com a legislação vigente, estava amparada pela redução da base de cálculo em 100% (art. 87, inciso XXXVI), portanto não assiste razão ao contribuinte, cabendo o pedido de restituição do imposto pago indevidamente.

No tocante à **infração 02**, afirma que o defendant questionou as aquisições de "repelentes" dizendo que não é mercadoria substituída e que a nota fiscal 1131 (bebidas alcoólicas) foi devolvida pela NF-e 58421 se debitando do imposto.

Sobre "repelentes", diz que em 2011 este produto está no item 39 do anexo 88, c/c com o Protocolo ICMS 106/09, item 51 do Anexo Único, portanto, absurda a afirmação. Quanto às bebidas alcoólicas – produtos da substituição tributária não geram direito ao crédito do imposto. Diz que com relação ao débito caberá pedido de restituição para o pagamento de imposto indevido.

Sobre o item 02 da infração 02, diz que o contribuinte menciona divergências entre a descrição do item apurado e o constante na NF-e e SPED Fiscal, menciona ainda, alguns produtos que estariam sujeitos à substituição tributária. Informa que o contribuinte retificou arquivos SPED encaminhados a SEFAZ, como também apresentou arquivos com registro não exigido pelo Fisco, deixando de apresentar registro obrigatório, por consequência não conseguiu retificar esses arquivos. Menciona que necessitou da intervenção junto ao programa de fiscalização SIAF – fornecido pelo Instituto dos Auditores Fiscais para desenvolver a fiscalização. Aduz que em consulta ao programa atual (SIAF) e junto com as EFDs retificadas, chegou a conclusão que houve (conversão/informação/arquivo etc.) que tornou a infração específica inutilizada. Para o exercício de 2012, informa ter refeito por completo o levantamento deste item da infração, que após ajustes apresenta os seguintes valores: 01/2012 – R\$ 111,36; 02/2012 – R\$ 87,56; 04/2012 – R\$ 91,66; 05/2012 – R\$ 88,10; 07/2012 – 147,06; 08/2012 – R\$ 646,44; 09/2012 – R\$ 27,46; 10/2012 – 545,61; 11/2012 – R\$ 369,23 e 12/2012 – R\$ 403,04, totalizando R\$2.517,52.

Relativamente à **infração 03**, diz que o autuado, menciona que sobre o leite longa vida não deve haver divergência de tributação em virtude da procedência do produto e para isso cita texto constitucional; sobre a amêndoas torrada – alega que estaria no regime de substituição tributária; do sal Ing marinho – alega isenção/redução da base de cálculo em 100%; a respeito da alcatra suína e pato congelado – alega que os produtos estão no regime de substituição tributária; no que tange a massa de pastel e massa de pizza – alega que estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Rebatendo os argumentos defensivos, alinha os seguintes argumentos:

a) sobre o leite longa vida, sustenta caber ao servidor a observação do texto legal vigente no Estado, bem como, diz que não lhe cabe a apreciação de matéria constitucional, portanto, afirma que até o momento não é de seu conhecimento nenhuma ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) sobre a matéria e muito menos, cabe ao contribuinte alegar

inconstitucionalidade para descumprir a legislação vigente, sem medida contracautela. Assevera não assistir razão ao autuado e muito menos este seria o foro para apreciação destas alegações. b) a respeito da amêndoas torradas – de acordo com o NCM constante na EFD do contribuinte (8021200) é totalmente diverso do prescrito na legislação e descrito pelo próprio contribuinte, portanto, totalmente infundada a alegação;

- c) no tocante ao sal Ing – conforme está na EFD fornecida pelo contribuinte, o NCM é 2501.00.90, inclusive a embalagem/peso é diferenciada – completamente diferente de sal de cozinha, cujo NCM é 2501.00.20. Portanto, não assiste razão ao contribuinte;
- d) – no que tange a alcatra suína e pato congelado – conforme consta na planilha, trata-se de alcatra suína temperada Saudali cujo NCM é 16024900, diferentemente do exposto nos produtos sujeitos a antecipação tributária. O pato é recheado, diferindo dos produtos da antecipação tributária, portanto, não assiste razão ao contribuinte;
- e) - massa de pastel e massa de pizza – conforme planilha, o NCM mencionado na EFD é 19022000 – não se enquadrando nos produtos da antecipação tributária, portanto a alegação é infundada.

Relativamente à **infração 05**, diz que o defensor alega que alguns produtos de informática com redução da base de cálculo nas operações internas não seria passível de diferencial de alíquotas; que as notas fiscais 472 e 474 não foram adquiridas pela empresa, que a nota fiscal 9002 refere-se a produto da substituição tributária e que o Estado emitente fez o recolhimento do tributo, portanto, não seria passível do ICMS diferencial de alíquotas. Sobre estas alegações rebate conforme segue:

- a) – informática – afirma que após os trabalhos de fiscalização, apresentou o resultado ao contador/contribuinte e quando questionado sobre a questão dos equipamentos de informática, apresentou a consulta da DITRI sobre o assunto – Parecer nº 05495/2009, onde se confirma ser devido o imposto.
- b) - NFs – 472 e 474 – diz que os documentos fiscais foram lançados na EFD do contribuinte e estavam sob sua posse, portanto, não acata a explicação defensiva por falta de fundamentos e prova incontestável, pelo contrário, afirma ser injustificável, as notas fiscais estarem na posse do contribuinte e o mesmo não ter tomado as devidas providências e prestado as informações antes da ação fiscal.
- c) - NF 9002 – sobre a nota fiscal eletrônica constante no processo e anexada pelo contribuinte, não existe a inscrição estadual do remetente como substituto tributário e muito menos a comprovação do recolhimento do imposto devido. Diante deste fato, assevera ser impossível a cobrança do imposto do remetente, cabendo a exigência do imposto ao responsável solidário, portanto alegação insustentável.

Diz não reconhecer as alegações do contribuinte no que se refere às infrações 01, 03 e 04 e parte da infração 02 referente ao ano de 2011. Relativamente à infração 02, exercício de 2012, diz retificar por completo, apresentando novas planilhas e valores por ter demonstrado erro de dados (aquisição/fornecimento/conversão), que inutilizou o levantamento original.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o autuado volta a se manifestar fls.512/513, dizendo que não houve relevante impugnação aos seus argumentos. Diz reiterar todos os termos já deduzidos em sua peça defensiva, pois na informação do autuante inexiste fato que em sua opinião, importasse na decretação da subsistência do auto de infração.

Aduz que a correção dos valores levados a efeito pelo auditor fiscal não elidem os fundamentos defensivos expostos em sua impugnação inicial, visto que o autuante apenas refutou os fundamentos defensivos sem qualquer fundamentação válida ou consistente. Sustenta que não há como defender-se ou manifestar inconformidade com a informação fiscal, restando postular pela improcedência da autuação reservando-se a apresentar novos fundamentos quando do julgamento do auto por este Conselho. Requer a improcedência do auto de infração.

O auditor fiscal tomou ciência da nova manifestação, fl.515, dizendo que o contribuinte não se manifestou a respeito dos ajustes realizados que resultaram em nova planilha, portanto mantém o feito com a devida retificação realizada na informação fiscal.

Consta às fls. 517/518, pagamento parcial do auto de infração referente a parcela reconhecida pelo autuado.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 06 (seis) infrações devidamente relatadas. O autuado em suas razões defensivas não contestou as infrações 04 e 06. Constatou que não existe lide a ser julgado em relação a estas infrações, pois o sujeito passivo ao não se manifestar sobre as mesmas, acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99. Mantidos estes lançamentos.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os autos estão devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejam a necessidade de esclarecimento técnico.

Não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito ou perícia técnica conforme solicitado pelo defendant. O sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo, na presente ação fiscal, prescindindo dessa forma, de revisão por outro preposto fiscal. O contribuinte se manifestou, juntou documentos e apontou inconsistências que inclusive foram acatadas parcialmente pelo autuante, inexistindo, portanto fatos que ensejam necessidade de revisão fiscal em diligência e verifico que existem nos autos todos os elementos necessários à análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

Indefiro, portanto, o pedido de diligência e perícia técnica, com fulcro no art. 147, incisos I e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99.

No mérito, a infração 01 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

O defendant alegou que teria direito ao referido crédito, porque se tratava de operações de transferências entre filiais, em que a remetente teria destacado e recolhido o ICMS. Afirmou que em todas as notas fiscais de transferências foi utilizado o crédito na matriz, porquanto houve o débito na saída da filial, e cujo imposto foi devidamente pago como demonstrado no livro de saídas e de apuração do ICMS. Afirmou ainda, que as transferências citadas referem-se ao filé de bacalhau *saith in natura* congelado, que em seu entendimento, no exercício de 2011, estaria sujeito à tributação.

O contribuinte argumentou que com base no princípio da não-cumulatividade do ICMS, lhe é assegurado o direito de creditar-se de todo o imposto relativo às operações anteriores e que a limitação imposta ao aproveitamento dos créditos de ICMS não se encontra em conformidade com a Constituição Federal.

Ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Não acato o argumento de que nas operações de transferências entre matriz e filial, como a emitente dos documentos fiscais tributou a mercadoria, o autuado teria direito a apropriar-se do crédito fiscal, em respeito ao princípio da não cumulatividade.

O direito à apropriação de crédito fiscal possui limites previstos em lei. Dessa forma, o valor do crédito fiscal utilizado indevidamente deve ser glosado, ao teor do disposto no § 5º do art. 93 do RICMS-BA, que só admite a apropriação do crédito fiscal em valor corretamente calculado. No caso em tela, o imposto glosado foi aquele referente a mercadorias que gozavam da isenção fiscal nas saídas.

Ressalto que, ainda que se trate de operações de transferências entre filiais, com o imposto destacado e recolhido pela remetente, descebe ao sujeito passivo se creditar de tais valores. O art. 11, § 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, dispõe sobre a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular, portanto, cada qual realiza individualmente a apuração do ICMS de sua responsabilidade, de acordo com o ente Federativo a que está vinculado.

Saliento que o estorno ou anulação de crédito fiscal nas circunstâncias da matéria em lide, está normatizado conforme inciso II, art. 100 do RICMS/97, que transcrevo:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - (. . .)

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

No caso em tela, o contribuinte alegou que o bacalhau *saith in natura* congelado, no exercício de 2011, estaria sujeito a tributação. Vejo que de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, o citado produto estava sujeito a redução da base de cálculo em 100%, conforme disposto no art. 87, inciso XXXVI do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos Arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

- a) à operação que destine o pescado à industrialização;*
- b) ao pescado enlatado ou cozido;*
- c) ao pescado seco ou salgado.*

Da análise dos dispositivos acima, resta evidente que se aplica ao produto bacalhau *saith in natura* congelado, a redução da base de cálculo em 100%, sendo acertado o procedimento do autuante na glosa do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte em operações com estas mercadorias. Mantida a infração 01.

No que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com pagamento de imposto por antecipação, infração 02, o autuado alegou que "repelente" não é mercadoria substituída, já que foi adquirida no estado da Bahia com destaque de crédito de ICMS e redução atacadista. Sobre os créditos utilizados em relação à nota fiscal nº 1131 de junho de 2011, sobre os produtos Whisky e Vodka, o sujeito passivo afirmou que foram devolvidos no ato da entrada, tendo sido emitida a competente NF de saída (58421) em devolução. Assim, entende que a empresa tem direito ao crédito, posto que se debitou de igual valor na emissão da nota de saída do produto.

Quanto ao **exercício de 2012**, elaborou planilha em sua defesa, fls.261/267, apontando equívocos do autuante com relação a alguns produtos relacionados no levantamento fiscal.

O autuante em informação fiscal disse que o produto repelentes, em 2011, está incluído no item 39 do anexo 88, c/c com o Protocolo ICMS 106/09, item 51 do anexo único. Quanto às bebidas alcoólicas – produtos da substituição tributária não geram direito ao crédito do imposto e caberia ao autuado o pedido de restituição do indébito.

Relativamente aos equívocos apontados pelo contribuinte, referentes ao exercício de 2012, afirmou que de fato devido a informações divergentes realizadas pelo autuado, entre a descrição do item apurado e o constante na NF-e e SPED Fiscal, ocorreram os equívocos apontados. Informou que após análise das EFDs retificadas, concluiu que houve (conversão/informação/arquivo) que tornou a infração específica inutilizada. Realizou ajustes para os valores inerentes ao exercício de 2012, refazendo por completo o levantamento deste item da infração, que remanesce em R\$2.517,52.

Observo que, no que diz respeito ao produto "repelente" assiste razão ao autuado. Vejo que os repelentes que estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme previsto no Protocolo ICMS 106/09, em seu Anexo Único, item 10, são aqueles, exclusivamente, para uso sanitário domiciliar. É certo que o repelente destinado ao uso humano, sob a forma de loção ou spray, não está enquadrado no regime de Substituição Tributária, devendo ser excluída da exigência fiscal os valores referentes a esta mercadoria. Do total desta infração no exercício 2011, no mês de janeiro, deverá ser excluído a quantia de R\$11,63 (fl.22) e do mês de junho, deverá ser excluído R\$35,05 (fl.24) que se referem ao citado produto "repelente".

Quanto às bebidas alcoólicas relacionadas nota fiscal nº 1131 de junho de 2011, concordo com o autuante, visto que produtos da substituição tributária não geram direito ao crédito do imposto. Comprovando o autuado o pagamento indevido do ICMS nestas operações, cabe o pedido de restituição do indébito, considerando que não pode haver compensação dos aludidos créditos com o débito apontado no presente PAF.

Relativamente ao item 02 desta infração, em que o autuado apontou equívocos no levantamento fiscal, vejo que o sujeito passivo tomou conhecimento das alterações levadas a efeito pelo autuante e não rebateu objetivamente, nem refutou os novos cálculos inerentes aos ajustes realizados. Logo, acato a nova planilha elaborada pelo autuante quando da informação fiscal e a infração 02 remanesce em 2011 no valor de R\$2.909,54 e em 2012 foi retificada para R\$2.517,52 totalizando **R\$ 5.427,06**, conforme demonstrativos retificados para o exercício 2012 fls. 506/508. A infração 02 é parcialmente subsistente.

Relativamente a infração 03, trata-se de recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.) autuante em ação fiscal constatou que o autuado realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis, através de ECF – emissor de cupom fiscal e notas fiscais, sem tributação ou com tributação com alíquota inferior à 17%, quando esta era a alíquota aplicável.

Nas razões defensivas o defendente sustentou que as mercadorias: *amêndoa torrada e salgada, Alcatra suína temperada e pato congelado* são produtos que estão enquadrados no regime de substituição tributária. Afirmou também, que o *sal ing marinho*, está ao abrigo da isenção tributária, por redução integral da base de cálculo.

Aduziu que o autuante entendeu que a tributação do *leite longa vida* deveria ser tributado a 17% quando adquirido fora do estado da Bahia. Disse que ofereceu à tributação o valor da alíquota reduzida do imposto, para compatibilizar as saídas de um mesmo produto, já que não poderá haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência da mercadoria, consoante os termos da carta Magna da República, conforme o art.152 da CF/88.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes às mercadorias, *amêndoa torrada e salgada, alcatra suína temperada, pato congelado, sal ing marinho e leite longa vida*, que entendo se apresenta correta, pelas seguintes razões:

- a) amêndoas torradas – de acordo com o NCM constante na EFD do contribuinte (8021.2000) trata-se de produto diverso do prescrito na legislação referente à substituição tributária. Esta NCM foi registrada pelo próprio contribuinte, portanto, correto o procedimento fiscal;
- b) sal Ing marinho – conforme está na EFD fornecida pelo contribuinte, o NCM é 2501.00.90, inclusive a embalagem/peso é diferenciada – completamente diferente de sal de cozinha, cujo NCM é 2501.00.20;
- c) – alcatra suína e pato congelado – conforme consta na planilha, trata-se de alcatra suína temperada Saudali cujo NCM é 16024900, diferentemente do exposto nos produtos sujeitos a antecipação tributária. O pato é recheado, diferindo dos produtos da antecipação tributária;
- d) - massa de pastel e massa de pizza – conforme planilha, o NCM mencionado na EFD é 1902.2000 – estes produtos não estão classificados nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.20.00 e 1902.30.00, portanto, não enquadrados no regime de substituição tributária. Relevante o registro de existência de Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, nesse sentido.
- e) - leite líquido (longa vida) - para o produto leite longa vida, objeto da presente lide, o benefício em questão tem amparo na LC 87/96 e no art. 37, § 2º, art. 38, Lei nº 7.014/96, não havendo qualquer ilegalidade para a redução da base de cálculo (isenção parcial), somente para o leite produzido na Bahia, restando afastada a tese da quebra do princípio da isonomia e suposta limitação de tráfego de bens (art. 152, CF/88; art. 11, CTN). As disposições do Decreto Estadual nº 8.413 de 30/12/2002, que concede “redução de base de cálculo ao leite de gado fabricado neste Estado da Bahia”, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, vigente e de eficácia plena, concessiva de benefício fiscal condicionado. Não compete às instâncias administrativas a apreciação de inconstitucionalidades, a teor do art. 167, inc. I, do RPAF/BA (regulamento do processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia). É nesse sentido a decisão da 2ª Câmara de Julgamento desse Conselho no Acórdão CJF 0461-12/05. Mantida integralmente a infração 03.

No que tange à infração 05, a acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado em razões defensivas contesta a acusação fiscal dizendo: (a) que alguns produtos de informática sujeitos a redução da base de cálculo nas operações internas, não seriam passíveis de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas; (b) que as notas fiscais 472 e 474 não foram adquiridas pela empresa; (c) que a nota fiscal 9002 refere-se a produto da substituição tributária e que o Estado emitente fez o recolhimento do tributo, portanto, não seria passível do ICMS diferencial de alíquotas.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório em torno dessa infração, acato as conclusões do autuante, tendo em vista que:

- a) – informática – conforme Parecer DITRI sobre o assunto – Parecer nº 05495/2009, se confirma ser devido o imposto, visto que a redução de base de cálculo a que o autuado se refere limita-se a operações internas e da análise das notas fiscais constata-se que as aquisições dos equipamentos de informática pelo autuado foram do estado de São Paulo, conforme notas fiscais fls. 249/251.
- b) - NFs – 472 e 474 – os documentos fiscais foram lançados na EFD do contribuinte e estavam sob sua posse, portanto, não faz sentido a explicação defensiva por falta de fundamentos e prova incontestável.
- c) - NF 9002 – sobre a nota fiscal eletrônica constante no processo e anexada ao PAF fl.254, contribuinte, não existe a inscrição estadual do remetente como substituto tributário, destaque do imposto e muito menos a comprovação do recolhimento do ICMS devido. Mantida a infração 05.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0606/13-0**, lavrado contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.158,55**, acrescido da multa de 60% prevista nos incisos VII, alínea “a”, e II, alíneas “a”, “f”, “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões CONSEF, 09 de março de 2014.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR